

Tratamento constitucional da autonomia municipal e da função social da propriedade urbana – noções gerais

Fernando Menezes de Almeida¹
Professor

1. Apresentação

Havendo sido convidado para participar do curso “Direito Ambiental”, realizado pela Escola Paulista da Magistratura em fevereiro de 2016, tenho agora a satisfação de apresentar para publicação a base escrita de minha exposição.

Naquela ocasião, como introdução aos debates acerca do tratamento constitucional das cidades, do urbanismo e da cooperação federativa para a implementação de serviços relacionados ao ambiente urbano, apresentei algumas considerações sobre a inserção dos municípios como entes autônomos da Federação Brasileira, bem como sobre a função social da propriedade urbana.

2. A autonomia do município na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, de todas as Constituições que o Brasil já teve, é a que mais atenção dedicou aos municípios, buscando afirmar política e juridicamente sua autonomia de modo mais intenso.²

Inicialmente, notem-se os artigos 1º e 18 da Constituição:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Desses dispositivos, dois principais elementos chamam atenção:

(i) O primeiro é a referência do art. 1º à “união indissolúvel dos Estados e Municípios”.

Trata-se de uma afirmação que contém um sentido notadamente político, visando destacar a elevação de relevância política que se buscou conferir aos municípios.

¹ Professor titular da Faculdade de Direito da USP.

² Em minha opinião, ao fazê-lo, acabou por gerar verdadeira armadilha, a causar, na prática, amplas dificuldades operacionais para uma real atuação autônoma dos municípios. De todo modo, é inegável o sentido político de valorização da autonomia municipal no texto constitucional. Sobre o tema, manifestei-me em “Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 68 (ano 17), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Desse mesmo artigo, extraio agora algumas ideias apresentadas resumidamente neste tópico.

Com efeito, não há que se cogitar de que esse texto supostamente descrevesse fatos históricos, como se municípios houvessem se unido, juntamente com estados, para formar a República Federativa do Brasil.

Ademais, os municípios, segundo a organização constitucional, inserem-se geopoliticamente no território dos estados, não havendo municípios avulsos (fora dos estados). Assim, não há sentido prático em que municípios se unissem de modo desconectado da união de estados. Dito de outro modo, a união dos estados inevitavelmente leva a uma “união de municípios” no todo federal.

Tratando-se, porém, da Constituição, essa afirmação há de produzir consequências jurídicas. A mais sensível delas é a indicação de uma aparente equiparação de status jurídico de autonomia entre Municípios e Estados.

(ii) Essa ideia é confirmada pelo segundo elemento destacado: o art. 18 explicitamente confere autonomia à união, aos estados (ao distrito federal) e aos municípios – “todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

A partir dessa previsão constitucional, passou-se a afirmar que a Federação brasileira, diversamente do que em regra se passa com as federações, possui três níveis de entes autônomos, compondo o ente soberano “República Federativa do Brasil”: união, estados e municípios (acumulando o distrito federal as competências de estados e municípios).

Nesse sentido, os municípios, desde 1988, passaram a constituir “entes da federação”, autônomos, assim como são os estados e a união.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a Constituição reconhece o chamado federalismo de segundo grau, pois vê os Municípios [...] como plenamente integrantes da estrutura do Estado brasileiro”.³

Todavia, a afirmação dos municípios como entes autônomos, integrantes da federação, não significa que a Constituição lhes tenha assegurado todos os elementos presentes no regime jurídico da união e no dos estados.

Por outras palavras, os municípios, assim como os estados, são autônomos, mas o conteúdo da autonomia de cada qual desses tipos de entes da federação é diferente. E as diferenças são dadas pela própria Constituição (p. ex.: formalmente as leis orgânicas dos municípios não serem tratadas como constituições;⁴ não terem os municípios poder judiciário; serem os municípios passíveis de intervenção estadual, etc.).

De todo modo, a premissa de raciocínio que ora se quer afirmar, para efeito deste estudo, é a de que os municípios são autônomos por força da Constituição federal; e os contornos dessa autonomia são dados pela própria Constituição federal, não podendo ser alterados por normas do direito infraconstitucional posto pela união, ou pelos estados (nem mesmo pelas constituições estaduais⁵).

O tópico seguinte vai cuidar, justamente, de um dos atributos específicos da autonomia municipal, relativo à sua competência para definição da função social da propriedade urbana.

³ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 17-18.

⁴ Ainda que materialmente sejam norma constitucional, eis que condicionam a validade das demais normas do ordenamento jurídico municipal.

⁵ É certo que a Constituição Federal, art. 35, IV, admite que possa haver intervenção estadual nos municípios por descumprimento de princípios fixados nas constituições estaduais. Mas esses princípios, vinculantes dos municípios, não podem modificar os contornos da autonomia municipal, contornos estes já fixados pela Constituição Federal.

3. A função social da propriedade urbana na Constituição de 1988

Não sendo o caso de aprofundar neste estudo as múltiplas abordagens sobre o tema — tão amplo quanto relevante — da função social da propriedade, importa, no entanto, destacar um aspecto, eis que muito presente na doutrina brasileira, por vezes influenciando a aplicação do direito.

Trata-se do aspecto, derivado do pensamento, inovador para o direito, formulado por Léon Duguit no início do século XX, por certo se nutrido de outras ordens de pensamento (filosófico, religioso, sociológico...), mas levando, do ponto de vista da teoria do direito, à negação científica da noção de direito subjetivo e propondo sua substituição pela noção de função social.⁶

Aplicando particularmente essa ideia ao caso da propriedade, restou célebre a construção de Duguit: “a propriedade deixa de ser direito subjetivo do proprietário para converter-se em função social do possuidor da riqueza”⁷.

Assim sendo, pode-se concluir, no plano teórico, que a posição individual do proprietário (em relação ao objeto de sua propriedade) somente mereceria tutela do direito (ensejando a situação que, tradicionalmente, dir-se-ia de direito subjetivo) se houver, concretamente, um sentido de função notado como positivo pela sociedade.

Ocorre que tal formulação há que ser entendida no plano abstrato, pelo qual a ciência pretende compreender o fenômeno do direito. É uma formulação voltada ao momento no qual o ordenamento jurídico estabelece critérios para estender ou não a tutela jurídica (ou, na linguagem tradicional, reconhecer um direito subjetivo), no plano da hipótese normativa, às relações que envolvam propriedade.

Daí não decorre que, numa situação real, o descumprimento de função social por parte de um sujeito de direito — um sujeito que efetivamente tenha reconhecido pelo ordenamento jurídico, *a priori*, seu direito de propriedade —, faça com que a tutela jurídica “desapareça” no caso concreto.

Duguit, ou autores que comunguem de seu ponto de vista, não estão sustentando um raciocínio que leve à negativa da tutela jurídica da propriedade, negativa esta construída *a posteriori* quanto ao caso concreto, como que a dizer (o que de plano já soa absurdo): alguém tem propriedade segundo o direito vigente; porém, por verificar-se em concreto um descumprimento da função social da propriedade, deixa de existir qualquer traço de direito a tutelar a situação.

Sobre função social da propriedade, na doutrina urbanística brasileira, ficou célebre a construção sustentada por José Afonso da Silva⁸ no sentido de ser a função social da propriedade parte integrante da *estrutura* do direito de propriedade, e não apenas um condicionante do exercício do direito. Assim, a verificação da ausência de função social leva automaticamente à da ausência do próprio direito.

Mais uma vez: análise como essa há que se situar no plano metajurídico da formulação do direito positivo (i.e., no momento em que o legislador, inspirado pela noção de função social, define na hipótese normativa a incidência de tutela jurídica para certas situações) e não no plano da aplicação do direito positivado.

⁶ *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: E. de Boccord, 1927. t. I.

⁷ *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris: F. Alcan, 1912. p. 147.

⁸ *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 284.

Com efeito, nada, no ordenamento positivo brasileiro, leva à conclusão de que, ante um descumprimento, no caso concreto, da função social da propriedade, impõe-se a supressão total da tutela jurídica da propriedade.

O que se passa é que o descumprimento da função social da propriedade leva a consequências sancionatórias. A sanção pode, no caso extremo, implicar a desapropriação (p. ex.: CF, art. 182, § 4º, ou art. 184), mas não a constatação de uma “não-relação de propriedade”.

Concluindo, assim, essa sequência de argumentos, pode-se afirmar que as consequências do descumprimento da função social da propriedade, no sistema constitucional brasileiro, devem ser buscadas no direito positivo — considerando-se, naturalmente, as normas já postas pela Constituição e as normas infraconstitucionais postas pelos entes estatais competentes —, o que pressupõe abrir-se mão da premissa metajurídica de que uma suposta função social da propriedade, concebida como valor anterior ao direito positivo, deva ser buscada a qualquer custo, impondo-se aos entes estatais uma (metafisicamente incontornável) obrigação de fazê-la cumprir.

No Direito positivo brasileiro, a função social da propriedade urbana é definida pela Constituição (art. 182, § 2º) apenas de modo formal: “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

É, pois, o plano diretor — lei municipal — que irá fornecer, em cada caso, a definição material da função social da propriedade.

Causa estranheza essa opção do constituinte. Seria perfeitamente cabível, e mesmo recomendável, que houvesse uma definição material de abrangência nacional quanto à função social da propriedade urbana, com um enfoque geral que não dependesse das especificidades de cada município,⁹ sem prejuízo de complementos específicos na legislação dos entes federativos.

Não se nega ser razoável a Constituição permitir que cada plano diretor estabeleça as exigências fundamentais de ordenação da cidade, direcionando, assim, o modo de atendimento da função social da propriedade urbana de acordo com a realidade local.

Porém, isso não seria incompatível com uma definição constitucional das linhas gerais a serem seguidas pelos municípios nesse mister.

Aliás, tal foi a postura adotada pelo constituinte ao definir, no art. 186, sem prejuízo de regulamentação por lei, os requisitos para o atendimento da função social da propriedade rural.

Entretanto, uma leitura combinada do citado § 2º com o § 4º do mesmo art. 182 da Constituição permite que se infira ao menos um aspecto material da concepção do constituinte acerca da função social da propriedade urbana: o solo urbano não cumpre sua função social se não utilizado, subutilizado ou não edificado.

⁹ Ao comentar o § 2º do art. 182 da Constituição Federal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho é contundente: “este texto amesquinha o conceito de função social. Reduz esta a mera legalidade. Não se coaduna, por exemplo, com o que está no art. 170, III” (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 195).

Dito de outro modo — e aqui considerando o inciso I, do § 4º, do art. 182 da Constituição — a parcela da função social consistente na utilização ou na edificação da propriedade urbana traduz-se na obrigação, imposta ao proprietário, de parcelamento, edificação e utilização.

Enfim, com essas considerações, espero ter deixado uma contribuição para os debates que se seguirão sobre aspectos mais aprofundados do tratamento constitucional da política urbana no Brasil.